

国际贸易中的 知识产权滥用及 我国应对研究

高 华◎著



科学出版社

国际贸易中的知识产权滥用及我国应对研究

高 华 著

湖北省教育厅人文社科研究项目研究成果
中央高校基本科研业务费资助

科学出版社

北 京

内 容 简 介

本书以知识产权滥用的概念及标准分析为切入点,以国际贸易法和知识产权法的基本原则以及国家发展战略为论文立足点,系统、深入地研究在世界经济一体化浪潮下,我国在激烈竞争的国际贸易环境中所面临的知识产权滥用这一障碍,更新和完善我国在这一问题上迫切需要解决的国内立法、执法、管理、法律意识和战略思想等,并从国家和企业两个层面提出完善建议和具体的路径选择;同时,就如何通过区域和全球合作来协调解决这一问题也进行了研究,为构造一个自由、公平竞争、和谐发展的国际贸易环境提供理论支撑和实践指导。

本书既可作为国际法和知识产权法方向本科生和研究生的学习资料,也可以作为立法、行政机关、企业以及从事涉外法律理论研究和实务工作者的参考资料。

图书在版编目(CIP)数据

国际贸易中的知识产权滥用及我国应对研究/高华著. —北京:科学出版社, 2015

ISBN 978-7-03-043268-1

I. ①国… II. ①高… III. ①国际贸易-知识产权保护-研究 ②知识产权保护-研究-中国 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 024567 号

责任编辑:李 莉 / 责任校对:郑金红
责任印制:李 利 / 封面设计:无极书装

科学出版社 出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

三河骏杰印刷有限公司 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2015 年 2 月第 一 版 开本:720×1000 1/16

2015 年 2 月第一次印刷 印张:11 1/2

字数:230 000

定价:58.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换)

序

高华老师的学术著作《国际贸易中的知识产权滥用及我国应对研究》一书即将出版，作为她攻读博士期间的导师，看到她的研究成果，由衷感到高兴。

国际贸易中的知识产权滥用问题是一个很具有挑战性的课题。当前，随着经济全球化和科技发展快速化，由发达国家所主导的知识产权国际保护制度把知识产权保护同国际贸易紧密地联系起来，成为一国平等地参与国际贸易的先决条件，国际贸易与知识产权无论在主体上还是在客体上都已密不可分。因此，知识产权的冲突也在很多时候表现为国际贸易冲突的焦点，国际贸易壁垒也更多含有知识产权壁垒的内容。进入 21 世纪以来，国际贸易继续保持快速发展势头，但也面临着很大的困难和障碍，其中的突出表现之一就是发达国家的知识产权滥用问题。如何有效应对知识产权滥用行为，以推动本国的国际贸易发展，已成为世界各国特别是发展中国家迫切需要解决的问题，甚至成为国家之间争议的焦点。

该书首先对知识产权滥用概念的起源进行了梳理，“知识产权滥用”这一概念产生和发展于普通法，主要以判例法的形式得到发展和壮大，后来才以制定法的形式对其中的一些规则进行总结和归纳。该书在对相关概念进行梳理和对比分析的基础上，重点探讨了国际贸易中知识产权滥用的判定标准以及滥用行为的分类。对于“知识产权滥用”的界定应该建立在理性、合理的基础之上，以免影响正常的国际贸易秩序。该书认为国际贸易中知识产权滥用，必须同时满足以下四个构成要件：第一，知识产权滥用的主体是正在行使知识产权的，并且是拥有市场优势地位的知识产权人；第二，知识产权滥用的主观方面是知识产权人存在为谋取自身利益而损害他人和公共利益的故意；第三，知识产权滥用的客体是国际贸易相关市场的正常竞争秩序；第四，国际贸易领域知识产权滥用的客观方面表现为知识产权人以不正当方式行使知识产权，造成限制或损害竞争、阻碍国际贸易的后果。

其次，该书对各主要国家规制知识产权滥用的法律制度进行了比较。纵观两大法系的代表性国家——美国、英国、德国、日本各国对知识产权滥用的法律规制的立法与实践模式，有如下共同之处，一是以比较完善的反垄断法为背景，二是各国基本上都采取另行制定规章或指南的方法来处理知识产权法与反垄断法的关系，既要规制知识产权滥用行为，也不是简单适用反垄断法，这些经验值得我国立法的思考和借鉴。

再次，该书从国际贸易法、知识产权法基本原则和国家发展战略高度提出在国际贸易中我国应对知识产权滥用的理论依据。国内有不少学者认为中国的知识产权保护过度，在一定程度上助长了外国企业、特别是跨国公司在国际贸易中滥用知识产权的发生。该书则认为，我国一方面确实需要强调知识产权保护的适当性和合理性，另一方面也不能在知识产权保护问题上走“回头路”，应该上升到国际贸易法和知识产权法的基本原则，以及我国国家发展战略的高度来应对知识产权滥用，以此指导我国相关立法、执法、管理、法律意识和策略方法，做到既立足于我国客观实际和发展需要，又与国际法和国际发展趋势相一致。

最后，该书探讨了我国应对国际贸易中知识产权滥用的制度及策略。我国应对知识产权滥用的制度，在国内法层面，首先应该是健全和完善我国的知识产权滥用的规制，其次，需要“变被动为主动”，加强对我国优势资源的知识产权保护，完善我国知识产权边境执法制度，对知识产权产品平行进口进行合理立法；在国际法层面，应该扩大国际贸易领域规制知识产权滥用的国际合作，实现互利共赢。从我国企业的角度来看，则应当提高知识产权战略意识，不断取得更多的自主知识产权，加强国际竞争力；同时，切实提高企业的知识产权运营能力，积极应对各种知识产权滥用行为。

高华老师的教学和学术领域比较广泛，从经济法、科技法到国际经济法、知识产权法。她的这些教学和研究经历为她的全面系统研究打下了良好的基础。作为该书的最早读者之一，我认为该书中作者的很多观点是建设性的，具有重要的理论价值和实际意义。我期待着高华老师以该书的研究为基础，为我国国际贸易法制环境的优化进行更加深入的探索。

罗玉中

2014年8月于北大蓝旗营

目 录

第一章 导论	1
第一节 研究的目的和意义	1
第二节 国内外研究现状述评	3
第三节 本书的结构与研究方法	22
第二章 国际贸易中知识产权滥用的基础理论	24
第一节 知识产权滥用的一般法律分析	24
第二节 国际贸易中知识产权滥用的判定标准分析	31
第三节 国际贸易中知识产权滥用的分类	40
第四节 小结	49
第三章 各主要国家对知识产权滥用的法律规制	50
第一节 美国对知识产权滥用的法律规制	50
第二节 英国对知识产权滥用的法律规制	58
第三节 德国对知识产权滥用的法律规制	60
第四节 日本对知识产权滥用的法律规制	62
第五节 小结	66
第四章 我国应对国际贸易中知识产权滥用的理念、制度及策略	67
第一节 国际贸易中知识产权滥用行为在我国的主要表现及其影响	67
第二节 我国应对国际贸易中知识产权滥用的理念	92
第三节 我国规制国际贸易中知识产权滥用的制度完善	101
第四节 我国应对国际贸易中知识产权滥用的策略选择	115
第五章 我国企业应对国际贸易中知识产权滥用的战略措施	149
第一节 以不断创新和更多的自主知识产权赢得市场	149
第二节 提高知识产权运营能力	162
第六章 总结与展望	165
第一节 总结	165
第二节 展望	169
参考文献	171
后记	177

第一章 导 论

第一节 研究的目的和意义

自 20 世纪 70 年代以来,随着经济全球化和科技发展快速化、跨国公司财富的急剧增长,以及国家间的相互依赖性日益增强,对知识和技术的控制与一国的竞争利益与发展密切相关。知识产权已经不仅仅是作为一项法律制度,而是作为保持国际竞争力、适应深刻变革的世界经济所必须采取的国家政策而存在和发展。科学技术的发展使人类步入了知识经济社会,体现着人类创造性智力成果的知识产品越来越成为重要的社会财富,作为智力劳动者对其成果依法享有的一种权利,知识产权在国际贸易中的地位也越来越重要^①。目前由发达国家所主导的知识产权国际保护制度以《与贸易有关的知识产权协议》(简称 TRIPS 协议)的签订和实施为里程碑,把知识产权保护同国际贸易紧密地联系起来,成为一国平等地参与国际贸易的先决条件,国际贸易与知识产权无论在主体上还是在客体上都已密不可分。因此,国际贸易的冲突也在很多时候表现为知识产权的冲突,国际贸易壁垒也更多地含有知识产权壁垒的内容。中国加入 WTO 后,国际贸易继续保持快速发展势头,但其中也涉及了很多的知识产权问题和纠纷,这里面的突出表现之一就是知识产权滥用问题。例如,近年来在美国闹得沸沸扬扬的微软垄断案以及微软在欧盟、我国台湾等地受到的违反竞争法或公平交易法的指控,都涉及微软对知识产权的滥用。而在近年来引起人们极大关注的美国交互数字集团(IDC),美国思科公司与中国华为公司之间、DVD 专利权联盟与我国 DVD 生产企业之间、美国英特尔公司与中国东进公司之间、美国通用汽车公司与中国奇瑞汽车公司之间的知识产权争议,以及美国屡屡对中国产品发起“337”调查的背后,都存在着跨国公司涉嫌滥用知识产权的深层次问题。如何站在国家经济发展战略高度应对知识产权人滥用知识产权行为,以更好地服务于本国的国际贸易发展,已成为世界各国特别是发展中国家迫切需要解决的问题,甚至成为国家之间争议的焦点。从目前国内外相关法制来看,与发达国家相比,我国在知识产权保护方面的立法已接近和达到国际先进水平,但对于规制知识产权滥用方面的立法却很不完善甚至大大滞后,而在如何应对该行为的行政执法方面、知识产权战略

^① 罗玉中,袁秀挺.2000.WTO,知识产权及我国知识产权法律制度的发展与完善.前线,(11)

意识及策略方面就更加不尽如人意,这在一定程度上阻碍了我国对外贸易的进一步发展,成为影响我国国际贸易发生质的飞跃的一大瓶颈。从国外来看,尽管许多发达国家都较早出台了反垄断法,其中也不乏规制滥用知识产权的内容,但是发达国家只是为了促进本国的市场竞争才制定和运用反垄断法,对于本国企业在他国市场的垄断行为则持放任甚至保护态度;而在 WTO 框架条款中没有明确界定对知识产权的何种利用方式是一种贸易壁垒措施,相反在 WTO 下的 TRIPS 法律文本中明确规定了各成员方对知识产权保护的最高范围,成员方可以高于该标准,但不得低于该标准。由此可以看出,在 WTO 中并没有特别关注知识产权保护适当性问题,反而把保护知识产权作为发展贸易的优先原则。

尽管作为乌拉圭回合谈判重要成果的 TRIPS 协议就知识产权滥用作出原则性规定,为各国知识产权滥用的立法规制提供了一定的依据和空间。但同时《TRIPS 协议》过于概括性的规定以及主要交给各国立法自行解决的态度,对于从国际法层面上规制知识产权滥用又显得很无力,“对知识产权拥有者应尽的社会责任没有很好地考虑,对发达国家在国际技术贸易中滥用其技术垄断地位及知识产权,几乎没有作出有效的约束”^①。

另外,从学术研究角度来看,国内学术界近年来虽然对知识产权滥用问题研究逐步升温,但在国际贸易领域对其还缺乏系统、深入的理论分析和研究,大多停留在个案分析方面,全面、深入的论述还比较少见,同时结合知识产权法基本原则、国际贸易法基本原则,以及我国经济发展战略来进行研究的就更为鲜见了,现有的相关专著和论文不足以为建构我国应对国际贸易中知识产权滥用制度提供足够的理论基础和实践指导;而国外学者虽然对国际贸易领域的知识产权问题有不少研究,但他们的研究主要偏重于国际贸易中的知识产权保护问题,避免因侵权引起对贸易的扭曲和对贸易秩序的破坏,对知识产权滥用的研究则很少,也非常零散,往往局限于某一种权利的某一方面问题,而且更多的是站在如何促进其本国国内竞争的角度来进行研究,很少站在国际贸易法基本原则,特别是发展中国家的角度来研究反知识产权滥用问题,以及国际社会应当如何采取行动来协调解决这一棘手问题。随着世界经济一体化步伐的加快,这种理论和实践研究的薄弱所带来的窘迫和不利显现在人们面前。因此,本书选择了“国际贸易中的知识产权滥用及我国应对研究”这一课题,以知识产权滥用的概念及标准分析为切入点,以国际贸易法和知识产权法的基本原则以及国家发展战略为论文立足点,系统、深入地研究在世界经济一体化浪潮下,我国在激烈竞争的国际贸易环境中所面临的知识产权滥用这一障碍,更新和完善我国在这一问题上迫切需要解决的国内立法、执法、管理、法律意识和战略思想等,并从国家和企业两个层面

① 曹建明,贺小勇,1999,世界贸易组织,北京:法律出版社:288

提出完善建议和具体的路径选择；同时，就如何通过区域和全球合作来协调解决国际贸易中所涉及的知识产权滥用问题进行研究，为构造一个自由、公平竞争和和谐发展的国际贸易环境提供理论支撑和实践指导。

第二节 国内外研究现状述评

一、知识产权滥用的基础理论

（一）知识产权滥用的概念

由于权利是法学研究的基础，也是重要的理论研究范畴，关于权利滥用的研究亦显得非常重要。近年来，知识产权滥用逐渐成为知识产权界和法学界比较热门的话题，但对于什么是知识产权滥用，以及它与民法中权利滥用概念的关系，国内外学者存在不同的观点和看法。

权利滥用是一个常见的法学术语，如果在整个法学领域中来认识权利滥用这个概念，学者们还是存有争议的。首先关于权利滥用这个概念表述本身，张文显教授认为权利不可能滥用，所谓被滥用的“权利”已超出权利的范畴，已不能称之为权利^①。另有学者对“权利滥用”进行了法概念分析，将学界存在的讨论分为大陆法的解释和英美法的表述。在大陆法中，关于权利滥用有以下几种学说，包括主观恶意行为说、违反权利本旨说、超越界限说、超越目的或界限说等。而英美法虽然没有明确的权利滥用这一法概念，但并非意味着禁止权利滥用的法观念不存在。禁止权利滥用的法理和功能，在英美法上是由衡平法中创设的“允诺禁反言规则”来代替^②。王利明教授认为滥用权利实际上是权利人在行使权利中实施的一种违法行为。滥用权利，应当具备如下条件：首先，要有权利的存在；其次，须损害了他人或社会利益；最后，须行为主观有过错。滥用权利是超过法律规定的限度的行为，但超过法律规定限度的行为不都是滥用权利^③。

我国多数学者认为，知识产权滥用概念源自于民法中的权利滥用概念，与民法中的权利滥用概念密不可分，但张伟君则认为，“知识产权滥用”和“权利滥用”两个概念看似关系密切，实际上知识产权滥用和民法中的权利滥用并没有直接的关联^④。

① 张文显. 2006. 20 世纪西方法哲学思潮研究. 第 2 版. 北京: 法律出版社: 104, 105

② 钱玉林. 2002. 禁止权利滥用的法理分析. 现代法学, (1)

③ 王利明. 2003. 民法总则研究. 北京: 中国人民大学出版社: 239

④ 张伟君. 2007. 知识产权滥用的概念, 表现和规制措施. 电子知识产权, (12)

对于知识产权滥用的定义,国内学者也提出相应的观点。王先林认为知识产权的滥用,是相对于知识产权的正当行使而言的,它是指知识产权的权利人在行使其权利时超出了法律所允许的范围或者正当的界限,导致对该权利的不正当利用,损害他人利益和社会公共利益的情形。该学者尤其指出知识产权的获得与知识产权的行使是两个问题,知识产权的获得是合法的,但在行使时可能违法^①。张平教授也认为滥用知识产权,是指知识产权的权利人行使权利的方式超出了法律所允许的范围^②;郑友德教授认为知识产权滥用是知识产权所有人或持有人,为了获得超出知识产权法所授予独占权或有限垄断权范围,违背公共政策,不公平或不合理地行使知识产权的行为^③。吴汉东教授是这样理解知识产权滥用的:知识产权人滥用其权利所造成的利益冲突(知识产权人滥用其权利时,原有的利益流转关系遭到破坏,被许可人和社会公众的既得利益被剥夺,彼此之间的权利不可避免地发生冲突),并不是权利人超出权利的法定范围的行为所导致的,因为超出的内容是不受法律保护的,这由知识产权法本身即可解决。滥用的产生应是权利行使方式的不当所导致的,这才是知识产权法本身所无法解决的问题,而应由反不正当竞争法来调整。知识产权人超出法定范围行使权利属于越权行为,对于这一部分内容不享有知识产权;而知识产权的滥用是以享有知识产权为前提的,因此,此滥用行为是行为方式违法,并非权利内容违法^④。王晓晔研究员认为,禁止权利人的滥用行为,是指知识产权的所有人不得凭借其知识产权,对知识产权的受让人予以不合理的限制^⑤。已故著名知识产权法学家郑成思教授认为,对知识产权滥用这一概念的界定应首先明确两个问题:第一,知识产权的获得与知识产权的行使是不同的,不能因为知识产权是合法获得的利益就忽视甚至否认其也有滥用的问题;第二,反知识产权垄断不等于反知识产权滥用,将两者等同,是混淆了知识产权垄断与知识产权滥用的概念。也就是说,郑成思认为知识产权滥用的界定是建立在明确以上两个问题的基础之上,即应明确区分知识产权的获得与使用、反垄断与反滥用^⑥,从中可以推测郑成思认为知识产权的滥用是在合法获得知识产权后的滥用行为,并且不等同于知识产权的垄断。

可以看出,我国多数学者认为知识产权滥用,是相对于正当行使知识产权而言的,它是指知识产权的权利人对权利的不正当行使,损害他人利益和社会公共

① 王先林.2005.在华跨国公司知识产权滥用的反垄断法分析.知识产权,(6)

② 张平,马骁.2005.标准化与知识产权战略.第2版.北京:知识产权出版社:214

③ 郑友德,陶双文.2001.美国知识产权滥用.知识产权,(2)

④ 吴汉东.2005.知识产权基本问题研究.北京:中国人民大学出版社:821

⑤ 王晓晔.2005.理应高度关注的问题:与对外贸易相关的知识产权保护.国际贸易,(3)

⑥ 郑成思.2007.知识产权论.北京:法律出版社

利益的一种行为。另外还有些学者认为知识产权滥用不仅仅限于此,应将不正当获得的专利权、商标权等知识产权这种表面上的“权利”,或者根本就不应获得的“权利”的行使行为称为权利滥用,即知识产权的滥用还包括知识产权申请制度的滥用^①。也就是说,知识产权滥用还应包括知识产权没有获得之前申请人进行的与知识产权相关的不正当行为。丁茂中也认为知识产权的滥用还应包括知识产权申请制度的滥用和有关知识产权诉权的滥用^②。另有学者认为知识产权滥用的界定范围应该更大一些,应将制度层面的滥用知识产权包括进去,原因是目前在全球化的过程中,一些发达国家为争取更多的利益,不断地违背知识产权制度创设目的,修改知识产权制度。所以,知识产权滥用的概念界定应考虑这种现象^③。

还有学者分析了知识产权滥用产生的起源:法律根源——知识产权领域公权与私权的冲突;经济根源——在私权领域的极端利益追逐;政治根源——各国知识产权制度构建的价值取向异化^④。

可见,在知识产权法领域内,学者们并没有对知识产权滥用这一概念的提出产生质疑,均认为知识产权的确存在一个界限或者范围,只不过有的学者认为知识产权的权利滥用是超越了其法定权利范围的行为,有的则认为是超出了正当行使范围的行为,目前国内持后一种观点的学者居多。但对于什么是国际贸易中的知识产权滥用,则没有看到任何有关论著对其进行专门界定或定义。

考察西方各国的法律以及司法实践,可以发现大陆法系国家很少使用“滥用知识产权”这一概念,而英国早期专利法中曾经使用过的“滥用垄断”概念和美国知识产权侵权案件中采用的“滥用原则”抗辩,则是为数不多地在知识产权领域把“滥用”作为正式的法律术语来使用的情况。

众所周知,《巴黎公约》中规定了“滥用专利权”的问题。早在1925年举行的《巴黎公约》海牙修订会议上就采纳了这样的规定:“本联盟各国都有权采取立法措施规定授予强制许可,以防止由于行使专利所赋予专有权而可能产生的滥用,如不实施。”Stephen P. Ladas教授认为,这个规定显然受到了英国专利法的影响^⑤。

Peter Meinhardt教授认为,英国专利法认为不实施专利是滥用专利权,这与英国建立专利制度的根本目的有关。因为“英国授予专利垄断权的目的是促进

① 王先林,寿步,2005.跨国公司在华知识产权滥用.商务周刊,11(9)

② 丁茂中,2009-11-16.中国规制知识产权滥用的法律研究.北大法律信息网

③ 王渊,马治国,2008.知识产权滥用问题研究综述.高校社科动态,(6)

④ 石晶玉,蒙启红,2004.知识产权滥用的成因分析与博弈.商业研究,(10)

⑤ Stephen P. Ladas. 1930. The International Protection of Industrial property. Harvard University Press

英国的产业发展。根据英国法律,专利权人获得专利垄断权后,不能“把专利冷冻起来”,虽然法律并不强迫专利权人实施其专利,但是如果自己不实施,应该允许他人来实施”。

J. R. Jones 教授指出,“滥用垄断”(即滥用专利权)的术语正式出现是在英国 1919 年修订的专利法中。该法第 27 条的标题就是“阻止滥用垄断权的规定”^①。目前,虽然英国专利法不再使用“滥用垄断权”的概念,但是,它却以强制许可理由的面目出现,并影响了加拿大和其他英联邦等国家的立法。

美国学者 Laurie Donahue 认为,知识产权滥用就是指知识产权所有人超越了其法定权利范围的行为^②。

除美国和英国外,在德国的“反限制竞争法”、欧盟的“竞争法”以及西方各国司法实践中,尽管涉及知识产权的案件并不少见,但是并没有“滥用知识产权”这个概念。但是,欧洲有学者把知识产权权利人违反竞争法规定的行为归纳为“滥用知识产权”^③。

(二) 知识产权权利滥用与权利限制的关系

郑成思教授认为“权利限制”,就其本质讲,指的是有的行为本应属于侵犯了他人的权利,但由于法律把这部分行为作为侵权的“例外”,从而不再属于侵权^④。关于权利限制的原因,有学者认为所有权社会化是知识产权权利限制的外在动因,利益平衡则是知识产权权利限制的内在原理^⑤,是知识产权法学者对导致权利限制原因的探讨。另有学者认为权利限制的根据之一在于确保权利秩序。在社会中,权利是多元的,它表现为权利本身的广泛性和权利主体的多样性,而不同社会主体的权利往往又交织在一起,或许相互冲突,这就必然存在着权利兼顾和均衡的问题。为了协调各种权利,法律不得不对权利进行适当的限制^⑥。可见该学者认为产生权利限制的原因是权利冲突。在法理学视野中,一些学者也表达了同样的观点。

而另有一些学者认为防止知识产权的滥用,才是导致知识产权权利限制的原因。王先林提出对权利的限制有内部限制和外部限制两种,前者是来自于知

① J. R. Jones. 1934. Terrell. 8th ed. London: Sweet & Maxwell

② Laurie Donahue. 2007. Misuse of intellectual property. New York: American Jurisprudence Proof of Facts: 315

③ Inge Govaere. 1996. The use and abuse of intellectual property rights in EC law. Sweet & Maxwell

④ 郑成思. 2004. 私权、知识产权与物权的权利限制. 法学, 9: 74-84

⑤ 冯晓青, 杨利华. 2005. 知识产权法热点问题研究. 北京: 中国人民公安大学出版社: 114-117

⑥ 汪太贤. 2000. 权利的代价: 权利限制的根据、方式、宗旨和原则. 学习与探索, 4

识产权法自身规范的限制,后者则是来自于民法的基本原则的限制和主要作为公法的垄断法的限制^①。由于著作权乃至知识产权均从属于民事权利,在民法视野中,王利明认为对民事权利作出必要限制的理由之一在于维持民事主体之间的利益平衡,不得以加害他人作为主要目的或以限制竞争为目的等方式滥用民事权利,不得滥用在家市场上的优势地位。可见王利明教授认为权利限制的原因是民事权利可能会被滥用。也有学者提出了不同的看法,认为关于权利限制和权利滥用的关系,在许多情形下,学者们并不区分这两者,他们认为权利限制和禁止权利滥用是权利行使过程中的一个问题的两个方面。但该学者认为两者是有区别的,其共同点首先在于两者都对权利人行使权利造成了一定的障碍;其次,两者的原理和精神实质均在于缩小权利;再者,两者在历史渊源上是相通的,均源于古罗马法。两者的区别在于:首先权利限制往往作为一类具体制度出现,而禁止权利滥用则属于原则性的要求,具有“一般条款”的功能。其次,禁止权利滥用能导致对权利的限制,但对权利加以限制的原因却并不必然是为了防止权利滥用。最后,禁止权利滥用的后果可能是权利限制,但却不是唯一后果^②。另有学者提出权利滥用的效果之一是限制权利,权利人有条件行使权利而不行使;或不具备行使权利的条件,但也不允许他人行使该权利,在此情形下,为社会公共利益计,而限制权利人的权利^③。可见该学者认为权利限制是权利滥用导致的法律后果之一,但不是唯一的后果,权利滥用的法律后果还包括失权、行为无效及承担民事责任。

二、知识产权滥用的判定标准及其分类

在充分注重规制知识产权滥用的同时,应该注意到,知识产权滥用是一个严格的法律概念,具有相应的认定标准与构成要件。对于“知识产权滥用”这一概念的界定应该建立在理性、合理的基础之上,以免影响到对知识产权进行的正当保护。对于国际贸易中发生的知识产权纠纷,也应当理性地分析,在规则内寻求合理的解决之道,不能非理性地使用“知识产权滥用”这一概念。

在中国,知识产权保护问题一直受到特别关注,近年来,随着我国对外开放的广度和深度在不断加强,对于知识产权滥用的讨论也逐步升温。然而,如何划分知识产权保护与知识产权滥用的界限,两者的分野与定位,却是理论界甚至许多反知识产权滥用的论文著述至今尚未厘定廓清的。乔生研究员认为,根据关税及贸易总协定(GATT)/世界贸易组织(WTO)、世界知识产权组织的有关规

① 王先林.2004.知识产权滥用及其法律规制.法学,3

② 袁秀挺,郭芬.2003.知识产权的法律限制体系.电子知识产权,10

③ 钱玉林.2002.禁止权利滥用的法理分析.现代法学,1

定,知识产权保护与知识产权滥用的分野,似应从以下三个方面进行理解:有利于技术革新、转让、传播与不利于技术革新、转让与传播;有利于促进国际社会进步及公共利益健康发展与不利于促进国际社会进步及公共利益健康发展;有利于促进知识产权拥有者与使用者权利义务的平衡与不利于促进知识产权拥有者与使用者权利义务的平衡^①。对此,有学者发表了基本同样的观点,认为可以从以下几个方面去考虑知识产权滥用的界定标准。第一,知识产权的行使是否有利于技术的创新与传播。作者认为各国设计知识产权法律制度的目的有两个,一是鼓励创新,二是促进新技术、新知识的传播与利用,从而推动整个社会科技的进步与经济的发展,造福于全人类。虽然存在有这样两个目的,但其终极目标却是第二个。第二,知识产权的行使是否侵犯了生命健康权。生命健康权是最基本的人权,知识产权的行使应以维护人的生命健康为重。因此,当知识产权所有人行使其权利而侵犯到其他人的生命健康权时,毫无疑问,该行为已经构成了权利滥用,理应加以限制。第三,知识产权的行使是否侵犯了公共利益。当知识产权人在实现自己的权利、获得利益的时候,忽视了社会公共利益的需求,缔约国可以采取与 TRIPS 协议相一致的措施对知识产权加以限制^②。

王先林教授从民法权利滥用的构成要件出发,分析了知识产权滥用的构成要件:①知识产权滥用的主体是正在行使知识产权的权利人;②知识产权滥用的客体是国家的、社会的利益和他人的合法权利与利益;③知识产权滥用的主观方面是权利人损人利己的故意;④知识产权滥用的客观方面是有危害或可能危害他人权利和利益后果的行为^③。

还有学者从民法学角度反对设定判定标准,指出鉴于“违反权利设置目的”这一认定标准的不确定性,学界有种态度,希望对权利滥用的判断设定非常明确的,甚至量化的标准。这种倾向显然还是基于对禁止滥用制度的功能的认识不清。禁止权利滥用旨在补救成文法的缺陷,若以事先预见的方式规定,则其本身必然又陷入预见力不足的泥沼。对“滥用”的量化,无异于为诚实信用原则制定实施细则,这是不可想象的^④。

国内关于知识产权滥用判定标准的明确论述并不多,以上是目前可见论著中的代表性观点,多数都是从 TRIPS 协议的条文规定的角度来进行分析的,而且有的学者在分析过程中把知识产权滥用与知识产权限制混同,未加以区分。至于反对设定判定标准的学者极少。笔者认为国际贸易中的知识产权滥用在当前是一

① 乔生. 2004. 中国限制外国企业对知识产权滥用的立法思考. 法律科学, (1)

② 黄青, 丁连连. 2008. TRIPS 协定下知识产权滥用的界定及规制. 社科纵横, (1)

③ 王先林. 2008. 知识产权滥用及其法律规制. 北京: 中国法制出版社: 39, 40

④ 李琛. 2007. 禁止知识产权滥用的若干基本问题研究. 电子知识产权, (12)

个极为现实而多发的问題，它不同于民法中的“权利滥用”原则，故需要人们从国际贸易法和知识产权法两方面入手进行学理探讨并且在立法或司法中制定出相对明确的判定标准，以利于指导国际贸易实践。

国外关于知识产权滥用判定标准的讨论和研究主要存在于美国，而且主要是随着判例法的发展而有一个历史演进过程。

对美国法上知识产权滥用原则发展历史的回顾，可以发现美国法对于何谓知识产权滥用的判断标准一直是非常不确定的，有时从衡平法和知识产权公共政策出发来判断，有时从是否违反反托拉斯法的角度来判断。

1942年美国最高法院审理的“Mortan Salt”案正式确立了滥用原则^①。在该案之后法院开始依据衡平法原则和知识产权公共政策考虑来判断某一行为是否构成专利滥用，倾向于认为某一行为即使不违反反托拉斯法也有可能构成专利滥用。美国最高法院在该案中明确指出：“专利权滥用可以作为专利侵权诉讼中的抗辩，而某一行为是否构成滥用和该行为是否违反反托拉斯法无关。”

1944年美国联邦最高法院审理了麦克伊德公司诉明尼阿波利斯-尼维尔管理公司（*Mercoid Corp. v. Minneapolis-oneywell Regulator Co.*）案，美国联邦最高法院又指出“专利权滥用不仅代表专利权人有意扩充其由专利法中所无法获得的保障，而且也代表专利权人不正当地限制了市场竞争。因此一旦法院认为专利权人的行为构成滥用，则这一行为也应该被认为是当然违反了反托拉斯法的规定”^②。该案判决采用了反托拉斯法的判断标准。

20世纪70年代，美国司法部公布了九种构成滥用的许可形式，一揽子适用本身违法的原则，即所谓“九不规则”（the nine no-nos）。这九种形式都是本身违反反托拉斯法的。但是，20世纪80年代之后，司法部开始转变态度，偏离其在“九不规则”中的标准，转而开始采取“合理原则”，因为当时的舆论和理论都逐渐开始认为“九不规则”中所规定的几种许可形式实际上具有一定的促进竞争的效果^③。

在美国，对于知识产权滥用的判定主要分为两派。一派支持以反托拉斯法标准来判断滥用。例如，Richardson教授认为除非是违反了反托拉斯法，且根据合理原则发现该行为对竞争有限制作用，才能构成滥用行为^④。他们指出，如果不必违反反托拉斯法就可以构成滥用行为，将导致构成滥用的门槛过低，

① 314 U. S. 488 (1942)

② 320 U. S. 684 (1984)

③ Abbott B. Lipsky. 1981. Current Antitrust Division Views on Patent Licensing Practices. 50 ANTITRUST L. J

④ Richardson, Patents. 1989. Legislating License Misuse, in SIXTH ANNUAL COMPUTER L. INST

容易打击知识产权人的创新激情。另一派则反对以反托拉斯法来判断滥用, Bennett 教授认为滥用本质上还是一个衡平法的规则, 区别于反托拉斯法的原则和分析方法。反托拉斯法主要关注对市场环境产生损害的行为, 而滥用原则关注的是知识产权人不当行使其权利的行为, 哪怕指控滥用的一方实际上并没有受到损害^①。

美国学者和立法者反复衡量这一争论中双方的立场。采取反托拉斯法的标准的确有一定优势: 首先, 与知识产权滥用原则相比, 反托拉斯法的理论和规则发展得相对更为完善。因为适用反托拉斯法的规则可以为滥用的判断提供更为清晰的标准, 减少实践中的混淆。其次, 反托拉斯法的合理规则可以更好地确定滥用原则所希望规制的对象。例如, 为了证明《谢尔曼法》第 2 节所规定的垄断, 原告必须证明: 被告从事了侵略性或者反竞争性的行为; 被告具有垄断的特定企图; 造成垄断权力的危险可能性。法院还需要定义相关市场并检验市场控制力是否存在^②。这些标准都是相对明确的。

但是也有很多学者对此持有截然不同的意见, 主要认为, 滥用原则必须保持其作为衡平法原则的本色, 区分于反托拉斯法的原则和分析方法, 因为滥用原则和反托拉斯法是基于不同的政策考虑。反托拉斯法关注的是对市场产生的损害, 但是规制滥用的目的是为了规制知识产权人以不正当方式行使知识产权的行为, 哪怕提出滥用抗辩的一方并没有受到损害^③。知识产权滥用不以权利人具备市场支配地位为前提, 也未必造成市场损害。美国学者 Jay D. Ratner 在区分专利权滥用和垄断时指出, “滥用原则不限于违反反托拉斯法。依据传统, 该原则以专利权人违反相对明确的公共政策为基础”^④。

欧盟法律中并没有知识产权滥用的概念, 但在近年来的有关学术研究中, 涉及对知识产权许可贸易中, 拒绝许可知识产权权利是否构成知识产权滥用的讨论。欧盟有一些经典判例都涉及拒绝许可知识产权权利在何种程度上可以被认为是对支配地位的滥用。也就是说, 在欧盟, 学者们所说的知识产权滥用是在竞争法的框架内来进行分析和认定的。

Christopher Stothers 教授在 “The End of Exclusivity? Abuse of Intellectual Property Rights in the E. U” 一文中指出, 知识产权人的拒绝许可如果符合下面三个构成要素, 就被欧洲法院认定为是对支配地位的滥用: 拒绝行为会消除市场竞争; 拒绝没有客观的正当理由; 对请求获得该许可的人来说, 该商品或服务是

^① Bennett. 1989. Patent Misuse: Must an Alleged Infringer Prove an Antitrust Violation? 17 A. L.P. L. A. Q. J. 1

^② Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 113 S. Ct. 884, 890-91 (1993)

^③ 同^①

^④ Jay Drattler. 2003. 知识产权许可 (上). 王春燕, 等译. 北京: 清华大学出版社: 472

其从事自己的活动所必不可少的,没有现实的或潜在的替代品^①。

综上所述,从国内外学者观点及立法、判例来看,基本上都是从一般的知识产权滥用的概念出发来分析其判定标准的,并存在着分歧。至于明确从国际贸易角度来分析和探讨知识产权滥用判定标准的,基本上没有看到。笔者认为,尽管国际贸易中知识产权滥用也属于知识产权滥用的一种,但毕竟有其相对特殊性,所以对国际贸易中知识产权滥用的判定标准分析应该充分考虑其特性。

至于对知识产权滥用的分类,专家学者也是观点不一。

丁茂中先生将知识产权的滥用分为三类,即知识产权申请制度滥用、知识产权权利滥用和知识产权诉讼滥用,他认为知识产权申请制度滥用主要有两小类:一是通过各种途径把不在法律保护范围内的智力成果申请为知识产权;二是恶意抢注他人的潜在的知识产权。知识产权权利滥用可以分为以下几类:一是拒绝合理条件下的许可;二是搭售或者附加不合理的交易条件;三是以过高的价格进行许可;四是交叉许可进行限制横行竞争,包括通过相关协议进行联合抵制新的市场进入者和通过知识产权的交叉许可来限制开发新技术。知识产权诉讼滥用大概可以分为两类:一是积极攻击型,二是消极攻击型^②。这种分类显然是对知识产权滥用的扩大化,能否得到广泛认同,还有待考察。

祝红霞在《专利权滥用的界定与分类研究》一文中,按专利申请前(无滥用行为)、专利申请中(滥用申请权——水艇专利、垃圾专利)、专利授权后(不实施、滥用禁止权和滥用许可权)对滥用专利行为进行划分^③。其中作者从不实施专利、滥用禁止权和滥用许可权的角度对滥用专利权行为进行划分,还是比较有新意的。

郑瑞琨等认为,知识产权滥用行为即知识产权垄断行为。从反垄断法规制的不同类型的限制竞争行为角度考量,可以把知识产权滥用行为划分为知识产权协议限制竞争行为、滥用技术和市场支配地位行为和知识产权不当集中行为,指出应当建立以行为规制为主导的知识产权垄断控制制度,同时加以适当的结构规制,对知识产权的滥用进行立法规制^④。这种笼统地把知识产权滥用行为等同于知识产权垄断行为的观点,如前文所述,郑成思先生是持反对意见的。

2006年,中国政法大学王玉梅等所做的《专利权滥用的法律规制》项目研

① Christopher Stothers. 2002. The End Of Exclusivity? Abuse of Intellectual Property Rights in the EU. E. I. P. R., 24 (2)

② 丁茂中. 2009-11-16. 中国规制知识产权滥用的法律研究. 北大法律信息网

③ 祝红霞. 2006 专利权滥用的界定与分类研究. 电子知识产权, (6)

④ 郑瑞琨, 赵新. 2006. 知识产权反垄断立法规制研究. 知识产权, (6)